



Facultad de Derecho y
Ciencias Humanas

Trabajo de Suficiencia Profesional:
“Reconocimiento por parte del padre biológico de hijo
extramatrimonial de mujer casada”

Bachiller

Rafael Fernando Herrera Herrera

para optar el Título Profesional de Abogado

Lima – Perú

2017

Dedicado a

A mis queridas hijas, Kimberly y Yadira, que son mi fuente de motivación e inspiración para seguir superándome día a día.

A la memoria de mis padres, Fernando y Rosa, quienes siempre estarán en mi corazón y fueron pilar fundamental para mi formación personal y profesional.

RESUMEN

En nuestro Código Civil actual, la presunción de paternidad (pater est) establece que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido. Y a partir de esta presunción, se establece que el hijo de mujer casada no puede ser reconocido por el padre biológico sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable. Por este motivo cientos de menores de edad no pueden ser reconocidos por su padre biológico, y esto genera que ambos vean afectados sus derechos.

Esta investigación tiene como objeto demostrar que al hijo extramatrimonial de mujer casada se le está vulnerando su derecho a la identidad y afectando el principio del Interés Superior del Niño. Asimismo busca determinar qué derechos se estarían afectando al padre biológico.

También permitirá analizar las instituciones jurídicas: presunción legal de paternidad (pater est), el derecho a la identidad, el interés superior del niño y la filiación. Para ello hemos recurrido a la doctrina nacional y extranjera, legislación comparada, a jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú y al marco normativo nacional y extranjero correspondiente.

A partir de esta investigación se propone que haya una modificatoria al artículo 361 del Código Civil, que permita al padre biológico reconocer al hijo extramatrimonial de mujer casada.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	VII
CAPÍTULO 1	
ASPECTOS METODOLÓGICOS	
1.1 Antecedentes y Formulación del Problema.....	11
1.2 Justificación de la investigación.....	13
1.3 Objetivos de la Investigación.....	13
1.4 Formulación de la Hipótesis.....	14
1.5 Variables.....	14
1.6 Metodología.....	14
1.6.1 Método.....	14
1.6.2 Técnica.....	15
CAPÍTULO 2	
MARCO TEÓRICO	
2.1 El Derecho a la Identidad.....	16
2.1.1 Aspectos Generales.....	16
2.1.2 El Derecho a la Identidad en la legislación peruana.....	18
2.1.3 El Derecho a la Identidad en la legislación internacional.....	20
2.2 El Interés Superior del Niño.....	21
2.2.1 El Interés Superior del Niño en la legislación peruana.....	21
2.2.2 El Interés Superior del Niño en la legislación internacional.....	22
2.3 El Nombre.....	24
2.3.1 Concepto.....	24
2.3.2 Antecedentes del nombre en la legislación peruana.....	24
2.4 La Filiación.....	25
2.4.1 Concepto.....	25
2.4.2 Clasificación.....	29
2.4.3 Determinación de la filiación en el ordenamiento jurídico peruano.....	30

2.4.4	La Filiación legítima e ilegítima.....	33
2.4.5	La filiación legítima e ilegítima en el ordenamiento jurídico peruano.....	34
2.4.5.1	La filiación legítima en el ordenamiento jurídico peruano.....	34
2.4.5.2	La filiación ilegítima en el ordenamiento jurídico peruano.....	35
2.4.5.3	La legitimación en el ordenamiento jurídico peruano.....	35
2.4.6	La filiación matrimonial y extramatrimonial.....	39
2.4.7	La presunción legal de paternidad – Pater est.....	41
2.4.8	La filiación matrimonial y extramatrimonial en el ordenamiento jurídico peruano.....	43
2.4.8.1	La filiación matrimonial en el ordenamiento jurídico peruano.....	43
2.4.8.2	La filiación extramatrimonial en el ordenamiento jurídico peruano.....	44
CAPÍTULO 3		
RECONOCIMIENTO DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL DE MUJER CASADA		
3.1	Reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada en el ordenamiento jurídico peruano.....	50
3.2	El legítimo interés del hijo extramatrimonial de mujer casada de conocer a sus padres biológicos.....	52
3.3	La prueba de ADN como medio para determinar la filiación del hijo extramatrimonial de mujer casada.....	57
3.4	Legislación comparada sobre la filiación	58
CAPÍTULO 4		
JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ		
4.1	El Control Difuso como medio de inaplicación del artículo 396 del Código Civil.....	60
4.2	Casación 2726-2012 Del Santa: Impugnación de Reconocimiento de paternidad.....	62
CONCLUSIONES.....		67
RECOMENDACIONES.....		70
BIBLIOGRAFÍA.....		71

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como tema principal: el reconocimiento por parte del padre biológico de hijo extramatrimonial de mujer casada, tema muy controversial ya que en la actualidad el padre biológico no puede reconocer a su hijo procreado con una mujer casada. Hay cientos de menores que no pueden ser reconocidos por su padre biológico, por la existencia de la presunción legal de paternidad (pater est) en nuestro ordenamiento jurídico.

La presunción legal de paternidad está inmersa en el artículo 361 del Código Civil que establece “que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”. A partir de esta presunción legal de paternidad, en el artículo 396 se establece “que el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable”.

Para el estudio de este tema controversial hemos dividido este trabajo en 4 capítulos: aspectos metodológicos, marco teórico, reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada y jurisprudencia de la Corte Suprema de la República del Perú.

En el capítulo I desarrollamos aspectos metodológicos tales como: antecedentes y formulación del problema, donde se realiza un análisis de la problemática existente; justificación de la investigación, donde se consideran los fundamentos principales para iniciar esta investigación; objetivos de la investigación, lo que nos permitirá justificar la investigación y sacar las respectivas conclusiones; variables, que en esta caso son el reconocimiento y la vulneración de los derechos; metodología utilizada, en esta investigación se utilizó el método descriptivo, método comparativo, método propositivo y análisis documental descriptivo.

En el capítulo II desarrollamos el marco teórico del derecho a la Identidad, el interés superior del niño y el nombre. Para esto se ha recurrido a la doctrina nacional y extranjera, y a la normativa nacional y extranjera.

Asimismo en este capítulo se analiza y desarrolla a profundidad la institución jurídica de la filiación, ya que es la principal institución jurídica en esta investigación. Se desarrolla: el concepto de filiación por parte de la doctrina nacional y extranjera, las orientaciones mundiales respecto de la filiación, clasificación de la filiación, la determinación de la filiación, la filiación legítima e ilegítima, la filiación matrimonial y extramatrimonial, la presunción legal de paternidad (pater est). Se ha recurrido a la doctrina nacional y extranjera, a la normativa nacional, a casuística en el Perú sobre la filiación, para realizar un profundo análisis de esta institución, lo cual nos permitirá ir fundamentando el tema de investigación.

En el capítulo III desarrollamos propiamente el Reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada, tema materia de investigación. Para que el padre biológico pueda reconocer al hijo extramatrimonial de mujer casada, el esposo tiene que realizar la negación de paternidad en la vía judicial y obtener sentencia favorable, ya que la ley establece que la

única persona que puede accionar es el esposo. Si el padre biológico quisiera accionar judicialmente solicitando el reconocimiento de paternidad, este será declarado improcedente. Una vez que el esposo haya obtenido sentencia favorable, recién el padre biológico podrá realizar el reconocimiento respectivo. De no ser así, pueden pasar largos años en los cuales el menor no pueda ser reconocido por su padre biológico.

Asimismo, en este capítulo desarrollamos el derecho que tiene el hijo extramatrimonial de mujer casada, de conocer a sus padres. Todo niño tiene derecho de conocer quiénes son sus padres biológicos. No se le puede privar el derecho de conocer su verdadera identidad biológica.

La prueba de ADN también es un medio ideal para determinar la filiación del hijo extramatrimonial de mujer casada. En la actualidad, la prueba de ADN se ha convertido en la prueba que con mayor certeza determina la filiación entre padre e hijo. Se puede llegar a tener una certeza superior al 99.99%. Es el medio más utilizado por los órganos jurisdiccionales para determinar la filiación.

En el capítulo IV analizamos la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República del Perú. Al respecto, la Corte Suprema se ha pronunciado sobre el hijo extramatrimonial de mujer casada, aplicando el control difuso. Para ello declaró inaplicable el artículo 396 del Código Civil y tuteló el derecho a la identidad del menor teniendo como base el Interés Superior del Niño. La aplicación del control difuso es de competencia de todos los Órganos Jurisdiccionales, sin importar la especialidad. Ante un conflicto entre una norma constitucional y una norma legal los jueces prefieren la primera. Esta se aplica al caso concreto y no es *erga omnes*. Sólo es vinculante para las partes del proceso.

Esta jurisprudencia es muy importante, toda vez que la Corte Suprema es el máximo órgano jurisdiccional de nuestro Poder Judicial. Con la inaplicación del artículo 396 del Código Civil y tutelando el Derecho a la Identidad teniendo como base el Interés Superior del Niño, se crea un precedente para que en un futuro no muy lejano se modifique el artículo 396 del Código Civil y se permita al padre biológico reconocer al hijo extramatrimonial de mujer casada.

CAPÍTULO 1

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1 Antecedentes y Formulación del Problema

En nuestra legislación actual, la presunción legal de paternidad establece que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido. A partir de esta presunción legal de paternidad, se establece que el hijo de mujer casada no puede ser reconocido por el padre biológico sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable. La presunción legal de paternidad está establecida en el Código Civil del año 1984 y que en la actualidad sigue vigente.

A lo largo de muchos años de vigencia, la presunción legal de paternidad ha llevado consigo que cientos de menores de edad no puedan ser reconocidos por sus padres biológicos, con lo cual se estaría vulnerando su derecho a la identidad, derecho fundamental que tiene todo ser humano y se estaría afectando el principio universal del Interés Superior del Niño.

Para contrarrestar esta problemática, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC, ente rector de los Registros Civiles a nivel nacional, en Mayo del 2009 emitió el Memorando Múltiple N° 348-2009/GOR/RENIEC donde realiza un análisis minucioso de la presunción legal de paternidad y establece que la mujer casada pueda declarar los datos del padre biológico (datos distintos a los de su marido), a efectos de otorgarle al menor un nombre acorde con su identidad biológica. En conclusión, la madre puede declarar los datos del padre biológico, pero no permite que el padre biológico pueda reconocer a su hijo ya que esto contraviene la presunción legal de paternidad, lo cual sigue generando que se afecte el derecho a la identidad del menor de edad y que el padre biológico no pueda reconocer a su hijo.

En la actualidad se ha investigado poco sobre este tema. No hay un análisis profundo de éste. El tema ha sido abordado a través de: un artículo por la Abogada Linda del Carpio Bellodas en la Revista Nombres, revista académica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC; un artículo de Pavel Flores, alumno de pregrado de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres; pequeños artículos en blogs de la Pontificia Universidad Católica del Perú; y pequeños artículos en algunos diarios.

a. Problema Principal

¿Por qué el Artículo 396 del Código Civil Peruano no permite que el padre biológico pueda reconocer al hijo extramatrimonial de mujer casada?

b. Problema secundario

¿Se estaría vulnerando el derecho a la identidad del hijo extramatrimonial de mujer casada?

¿Se estaría afectando el Interés Superior del Niño del hijo extramatrimonial de mujer casada?

¿Qué derechos se estarían afectando al padre biológico?

1.2 Justificación de la investigación

- La investigación permitirá conocer ampliamente las instituciones relacionadas a la presunción legal de paternidad, identidad y filiación – reconocimiento.
- La investigación contribuirá a que se debata legislativamente sobre la presunción legal de paternidad y el reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada.
- La investigación coadyuvará a que se solucione la problemática que existe en los casos de hijo extramatrimonial de mujer casada.

1.3 Objetivos de la Investigación

a. Objetivo General

- Modificar el Artículo 396 del Código Civil Peruano a fin de que el padre biológico pueda reconocer al hijo extramatrimonial de mujer casada.

b. Objetivos específicos

- Explicar por qué se debe permitir que el padre biológico pueda reconocer al hijo extramatrimonial de mujer casada.

- Analizar por qué se estaría vulnerando el derecho a la identidad y el principio universal del Interés Superior del Niño del hijo extramatrimonial de mujer casada.
- Determinar qué derechos se estarían afectando al padre biológico.

1.4 Formulación de la Hipótesis

La modificación que se pretende realizar al Art. 396 del Código Civil Peruano, permitirá que el padre biológico pueda reconocer al hijo extramatrimonial de mujer casada, y no sea vulnerado el derecho a la identidad del hijo y además éste pueda gozar de todos los derechos sucesorios que le corresponden al crearse el vínculo legal con su padre biológico.

1.5 Variables

- Reconocimiento
- Vulneración de derechos

1.6 Metodología

La Metodología a utilizar es la siguiente:

1.6.1 Método

- Método Descriptivo.** Se utilizará este método teniendo en cuenta que la investigación se realiza ante un marco teórico.
- Método Comparativo.** Se utilizará este método para poder comparar la legislación de otros países.

- c. **Método Propositivo.** Se utilizará este método para que la investigación sirva como un aporte a la sociedad.

1.6.2 Técnica

- a. **Análisis Documental Descriptivo.** Se realizará un análisis documental revisando libros, revistas, normativa, sentencias, páginas de internet, entre otros.

CAPÍTULO 2

MARCO TEÓRICO

2.1 EL DERECHO A LA IDENTIDAD

2.1.1 Aspectos Generales

Fernández Sessarego (2005: 19) señala “que cada persona tiene el derecho a su identidad, es decir, a exigir que se respete su verdad personal, que se le represente fielmente, que se le reconozca como ella misma, que se le conozca y defina sin alteraciones o desfiguraciones. Correlativo a este derecho se encuentra el deber de los otros de reconocer a la persona tal cual es. Ello significa que nadie puede desnaturalizar o deformar la identidad, atribuyendo a la persona calidades atributos, defectos, conductas, rasgos psicológicos o de otra índole que no le son propios ni negar su patrimonio ideológico-cultural, sus comportamientos, sus pensamientos o actitudes”.

Silverino (2010: 60) señala que “el derecho a la identidad no es ni más ni menos que el derecho a ser uno mismo y a ser percibido por los demás como quien se es; en otras palabras, el derecho a la proyección y reconocimiento de

la autoconstrucción personal. (...) negar a un individuo el reconocimiento de su identidad personal, de aquella que ha configurado a lo largo de los años, del proyecto que ha elegido para sí, es una violación gravísima a sus derechos más elementales”.

Toda persona tiene derecho a una identidad propia, que permita diferenciarlo de los demás. A ser uno mismo y que exista el deber de la sociedad y el Estado de reconocerlo tal cual es. Nadie puede desnaturalizar o deformar su identidad ya que se estaría atentando contra este derecho. Es deber del Estado proteger la identidad de las personas.

Fernández Sessarego (cf. 2005: 19-20) sostiene que la identidad, constituyendo un concepto unitario, posee una doble vertiente: estática y dinámica. La estática: la que no cambia con el transcurrir del tiempo (código genético, el lugar y la fecha de nacimiento, los progenitores, las características físicas inmodificables, el contorno somático, el nombre¹). La dinámica: varía según la evolución personal y la maduración de la persona. Está compuesta por un complejo conjunto de atributos y calificaciones de la persona que pueden variar con el tiempo, en mayor o menor medida según la coherencia y consistencia de la personalidad y la cultura de la persona (creencias filosóficas o religiosas, la ideología, los principios morales, la profesión, la inclinación política, el perfil psicológico, la sexualidad).

¹ Señala Fernández Sessarego, en cuanto al nombre, la persona tiene el deber de no modificarlo, pues es el elemento con que común y generalmente se identifica a la persona en sociedad. No obstante, existen ciertos casos en los cuales, luego de un procedimiento legal, es posible cambiar el prenombre por razones justificadas como sería el caso, por ejemplo, de una homonimia intolerable.

El derecho a la identidad personal es el conjunto de atributos y características, tanto estáticos y dinámicos, que van a diferenciar e individualizar a la persona en la sociedad.

Fernández Sessarego (2005: 23) indica que “El derecho a la identidad se desarrolla en la década de los años 80 del siglo XX, siendo importante la contribución doctrinaria y jurisprudencial italiana. (...) Los tratadistas reconocen y destacan el papel importante que ha correspondido a la jurisprudencia, en cuanto a la paulatina y controvertida elaboración jurídica del derecho a la identidad personal. Ello ha motivado que se le considere como un derecho jurisprudencial en cuanto surge de lo concreto de los hechos y de las decisiones de la jurisprudencia, más que del aporte de la doctrina”.

2.1.2 El Derecho a la Identidad en la legislación peruana

En la Constitución Política del Perú de 1993 el derecho a la identidad está establecido en el artículo 2 inciso 1 de la siguiente manera: “Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. (...)”.

Por primera vez en una Constitución Peruana se reconoce el derecho a la identidad, ya que en la Constitución de 1979 sólo se reconocía el derecho al nombre y cuyo texto era el siguiente: “Toda persona tiene el derecho a un nombre propio”. En aquellos tiempos, el derecho a la identidad no había sido desarrollado por la doctrina nacional e internacional.

Asimismo, Fernández Sessarego (*cf.* 2005: 13) reconoce al derecho a la vida, al derecho a la libertad y al derecho a la identidad como el núcleo de los derechos fundamentales y los designa como “fundantes”, pues todos los demás derechos de las personas encuentran en ellos su fundamento, su razón de ser. Los derechos “fundantes” constituyen el presupuesto de todos los demás derechos y a su vez, encuentran su fundamento en la dignidad inherente a la persona humana.

En el Código de los Niños y Adolescentes el derecho a la identidad está establecido en el artículo 6 de la siguiente manera: “El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad. Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionado a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal. En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos. Cuando un niño o adolescente se encuentren involucrados como víctimas, autores, partícipes o testigos de una infracción, falta o delito no se publicará su identidad ni su imagen a través de los medios de comunicación”.

En este Código el legislador le da mayor relevancia al derecho a la identidad de los niños y adolescentes tomando como base el Principio Universal del

Interés Superior del Niño. El Estado busca proteger el derecho a la identidad de los menores de edad.

De acuerdo a lo establecido en los artículos 177 y 183 de nuestra Constitución Política, el ente rector encargado de velar por el derecho a la identidad y la identificación de todos los peruanos es el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC, el cual es un Organismo constitucionalmente autónomo. El RENIEC tiene a su cargo la inscripción de nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones y otros que modifican el Estado Civil. Mantiene actualizado el registro de identificación de los ciudadanos y emite los documentos que acreditan su identidad. El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC forma parte del Sistema Electoral conjuntamente con el Jurado Nacional de Elecciones – JNE y la Oficina Nacional de Procesos Electorales – ONPE.

2.1.3 El Derecho a la Identidad en la legislación internacional

El derecho a la identidad es reconocido universalmente como un derecho fundamental del ser humano. El derecho a la identidad permite al ser humano ejercitar sus demás derechos fundamentales y permite que sea reconocido por el Estado como parte de él.

En la Convención sobre los Derechos del Niño, el derecho a la identidad está establecido en su artículo 8 de la siguiente manera: “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad

con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

2.2 EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El Interés Superior del Niño es un principio universal que busca la protección de los niños y adolescentes y de que no se vulneren sus derechos fundamentales. Ante un conflicto de intereses entre los derechos del niño y los derechos de un tercero, se debe privilegiar los derechos del niño. El Estado debe dar una protección especial a los niños y adolescentes y garantizar que no se afecten sus derechos fundamentales.

2.2.1 El Interés Superior del Niño en la legislación peruana

El Código de los Niños y Adolescente en el artículo IX de su Título Preliminar establece que “En toda materia concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”. Asimismo en el artículo X establece que “El Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes. Los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos”.

Asimismo el Tribunal Constitucional en el Fundamento 13 de la Sentencia 02079-2009-PHC/TC indica lo siguiente: “En consecuencia, el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no sólo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el Interés Superior del Niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el Interés Superior del Niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente”.

2.2.2 El Interés Superior del Niño en la legislación internacional

La Declaración de los Derechos del Niño del año 1959, en el Principio 2 establecía lo siguiente: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el Interés Superior del Niño”.

La Declaración de los Derechos del Niño, antecedente de la Convención sobre los Derechos del Niño, ya incluía el concepto del Interés Superior del Niño. Sin

embargo esta protección sólo estaba orientada a la promulgación de leyes. En la Convención sobre los Derechos del Niño el concepto del Interés Superior del Niño adopta un sentido más amplio.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3 establece que “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el Interés Superior del Niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

La Convención sobre los Derechos del Niño, impulsado por las Naciones Unidas, es el instrumento internacional más importante en la protección de los derechos de los niños y adolescentes. El Perú es parte de esta Convención, al haberlo ratificado el 04 de setiembre de 1990, por lo tanto lo dictado en este cuerpo normativo se incorpora a la legislación peruana y es deber del Estado Peruano garantizar su efectivo cumplimiento.

Podemos concluir que el Estado Peruano tiene la obligación de velar porque se respeten los derechos fundamentales de los niños y adolescentes. Ante un conflicto de intereses entre los derechos del niño y los derechos de un tercero, se debe privilegiar los derechos del niño. Para ello debe adoptar mecanismos que permitan que no se

vulneren sus derechos fundamentales. Asimismo los Órganos Jurisdiccionales están en la obligación de hacer prevalecer este principio en las sentencias donde se puedan afectar o vulnerar los derechos fundamentales de los niños y adolescentes.

2.3 EL NOMBRE

2.3.1 Concepto

Del Carpio (*cf.* 2013: 153) indica que el nombre es el elemento individual, característico del sujeto, y es elegido por quienes tienen la facultad de imponerlo al recién nacido, que generalmente son sus progenitores, en mérito de imponer un nombre a la prole (descendientes).

Del Carpio (2013: 151) cita a Fernández Sessarego quien precisa “que el nombre es la expresión visible y social mediante la cual se identifica e individualiza a la persona en sociedad, por lo que adquiere singular importancia dentro de los derechos de la persona. El nombre tiene doble función en tanto consiste en el más visible de los derechos de la identidad personal: por una parte, la persona utiliza su nombre para identificarse en el ejercicio de sus relaciones sociales y jurídicas, y de otra, permite que las demás personas la individualicen y la conozcan. De ahí que se constituya, simultáneamente en un derecho y un deber”.

2.3.2 Antecedentes del nombre en la legislación peruana

En el Perú, el derecho al nombre estuvo establecido en el artículo 2, numeral 1 de la Constitución Política del Perú de 1979 de la siguiente manera: “Toda

persona tiene el derecho a un nombre propio”. Asimismo este derecho está establecido en el artículo 19 del Código Civil de 1984 de la siguiente manera: “Toda persona tiene derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos”.

2.4 LA FILIACIÓN

2.4.1 Concepto

Para Mallqui y Momethiano (2002: 728) “la filiación consiste en un hecho natural en virtud del cual, existe una relación ineludible entre una persona que es el tronco común o progenitor directo respecto a otra u otras personas que de ella desciende. Jurídicamente la filiación es la relación directa que existe entre dos personas considerada la una como padre o madre de la otra”.

Para Schmidt y Veloso citados por Varsi y Siverino (2003: 456), “la filiación constituye un vínculo jurídico, quizá uno de los más importantes que el Derecho contempla, porque de él derivan un conjunto de derechos, deberes, funciones y en, general, relaciones entre dos personas, que en muchos casos perduran por toda la vida y casi siempre este nexo jurídico va acompañado de un vínculo sentimental profundo y duradero”.

Para Varsi y Siverino (2003: 455) “la filiación en sentido genérico es aquella que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes y, en sentido estricto es la que vincula a los hijos con sus padres y establece una relación de sangre y de derecho entre ambos”.

Para Peralta (2008: 387-388) “la filiación es una institución del Derecho de Familia que consiste en la relación paterno-filial existente entre una persona (hijo) con el padre que lo engendró y con la madre que lo alumbró. La filiación, sin embargo debe ser entendida como el vínculo jurídico existente entre procreantes y procreados o producto de la adopción de la cual emergen derechos y obligaciones para padres e hijos”.

Para Arias-Schreiber Pezet citado por Varsi y Siverino (2003: 456), “la filiación es la más importante de las relaciones de parentesco y que partiendo de una realidad biológica, cual es la procreación, surge una relación jurídica impregnada de derechos y obligaciones que tiene como tema central la problemática legal acerca de los padres e hijos”.

Podemos apreciar que para la doctrina nacional, al momento de definir el concepto de filiación, tienen como base principal la realidad biológica, esa relación de sangre existente entre procreantes y procreado, siendo la excepción a la regla, la adopción.

Podemos concluir que la filiación es un hecho natural por el cual se construye un lazo de parentesco entre un hijo, el padre que lo engendró (progenitor) y la madre que lo alumbró, teniendo como base su realidad biológica, esa relación de sangre existente entre procreantes y procreado. Desde el punto de vista jurídico la filiación es una institución del Derecho de Familia, por la cual se crea un vínculo jurídico entre padres e hijo, ya sea por realidad biológica o por adopción, lo que generará derechos y obligaciones recíprocas.

Indica Peralta (2008, 385-386) que “las legislaciones del mundo en relación con los derechos que emanan de la filiación, registran las orientaciones siguientes:

- a) Las que conservan el concepto tradicional de filiación, estableciendo una diferencia abismal entre la filiación legítima y la ilegítima. Entre ellas se cuentan a la mayor parte de los códigos civiles de influencia francesa, como el Código Civil Peruano de 1852 y de 1936.
- b) Las que atenúan la diferencia entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, tendiendo en muchos puntos a su equiparación, especialmente, en lo que conciernen a sus derechos. Entre estas figuran el código alemán, el suizo y el peruano de 1984.
- c) Las que establecen una sola y única filiación, dejando sin efecto las calificaciones de hijos legítimos e ilegítimos, matrimoniales y o extramatrimoniales, suprimiendo toda diferencia en las categorías y calificaciones de esta institución. Se considera que ésta es la tendencia universal.

Esta última alineación es advertida en las legislaciones de algunos países de Europa occidental como Gran Bretaña, Alemania, Holanda, Checoslovaquia, China y Rumania. En Estados Unidos de Norteamérica la Conferencia Nacional de Comisionados aprobó en 1973 la ‘Uniform Parentage Act’ que establece también la filiación única. Idéntica tendencia se observa en los códigos de familia cubano, boliviano, venezolano, ecuatoriano, etc.”.

Como podemos apreciar hay tres orientaciones mundiales. El Perú primero fue parte de la orientación tradicional de hijos legítimos e ilegítimos establecido en los Códigos Civiles de 1852 y 1936. En la actualidad el Perú es parte de la orientación de hijos matrimoniales o extramatrimoniales, lo cual está establecido en el Código Civil de 1984. El Perú no forma parte de la orientación de filiación única, sin embargo hay que recordar que esta orientación es la tendencia universal.

Sobre esta última orientación o corriente, la doctrina nacional a través de Varsi y Siverino (2003: 456) señala que “los términos paternidad y filiación expresan calidades correlativas, esto es, aquélla la calidad de padre y ésta la calidad de hijo. A pesar de las marcadas características de cada uno de estos términos, la corriente jurídica que postuló la igualdad entre los hijos ha llevado a abolir toda diferencia entre paternidad y filiación a efectos de no determinar el modo, circunstancias, tiempo y forma como ha sido concebido una persona. De ello tenemos que la filiación es consustancial e innata al ser humano en el sentido de que el status filii es un atributo natural, siendo aceptado y fomentado actualmente que toda persona debe conocer su filiación (derecho a conocer su propio origen biológico) no solo para generar consecuencias legales sino para permitir la concreción y el goce de su derecho a la identidad”.

Podemos apreciar que la doctrina nacional es enfática en resaltar la corriente jurídica que postula la igualdad entre los hijos, aboliendo toda clase de diferenciación entre paternidad y filiación, fomentando que toda persona debe conocer su propio origen biológico (su realidad biológica), para permitir el goce

y ejercicio absoluto de su derecho a la identidad, derecho fundamental y universal que tiene todo ser humano.

2.4.2 Clasificación

De acuerdo a la doctrina nacional e internacional podemos clasificar a la filiación de la siguiente manera:

a) Filiación legítima e ilegítima

Filiación legítima: Los hijos nacidos dentro del matrimonio o cuando los hijos han sido legitimados posteriormente al matrimonio de los padres.

Filiación ilegítima: Los hijos nacidos fuera del matrimonio. Entre estos tenemos a los hijos adulterinos, los hijos incestuosos, los hijos sacrílegos.

Esta clasificación fue la primera en ser utilizada por la mayoría de legislaciones. Sin embargo en la actualidad es poco utilizada. En el Perú, los Códigos Civiles de 1852 y 1936 contemplaban esta clasificación.

b) Filiación matrimonial y extramatrimonial

Filiación matrimonial: Los hijos nacidos dentro del matrimonio.

Filiación extramatrimonial: Los hijos nacidos fuera del matrimonio.

En el Perú, el Código Civil de 1984 contempla esta clasificación.

c) Filiación adoptiva

Acto jurídico por el cual se establece un vínculo jurídico entre el adoptante (padre) y adoptado (hijo). Se establece una relación paterno filial.

En el Código Civil de 1984 la adopción está establecida en el artículo 377 que indica lo siguiente: “Por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea”.

d) Filiación única

“La doctrina más actualizada postula la existencia de una sola filiación que abarca a las demás, sin mencionarlas pero a la vez nivelando los derechos de todos los hijos sin excepción; de ese modo, se borra las calificaciones de hijos legítimos e ilegítimos, matrimoniales y extramatrimoniales, hijos adoptivos, alimentistas, etc.”. (Peralta, 2008: 390).

2.4.3 Determinación de la filiación en el ordenamiento jurídico peruano

La determinación de la filiación en nuestra legislación está dada de la siguiente manera:

a) Voluntaria

Cuando existe la manifestación de la voluntad para reconocer al hijo de manera expresa. Esto está establecido en el artículo 390 del Código Civil de 1984 que indica lo siguiente: “El reconocimiento se hace constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento”.

Se puede dar de dos formas: en la vía administrativa, cuando se realiza el reconocimiento voluntario en el acta de nacimiento respectivo, ya sea en el Registro de Estado Civil de las Municipalidades o en una Oficina Registral del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC; o en la vía notarial, cuando se realiza el reconocimiento voluntario mediante escritura pública o testamento, en las Notarías.

b) Legal

Cuando la propia ley lo establece y es el caso de la presunción legal de paternidad de los hijos matrimoniales. Esto está establecido en el artículo 361 del Código Civil de 1984 que indica lo siguiente: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”.

En este caso no es necesario que se realice el reconocimiento voluntario en el acta de nacimiento, ya que la propia ley establece el reconocimiento automático, teniendo como prueba el acta de

matrimonio de los padres. La persona autorizada en garantizar que se cumpla con lo establecido en la ley, es el Registrador Civil del Registro de Estado Civil de las Municipalidades o del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC.

c) Judicial

Cuando el hijo sea extramatrimonial y no exista la voluntad de realizar el reconocimiento voluntario, la otra parte puede solicitar el reconocimiento en la vía judicial. Esto está establecido en el artículo 402 del Código Civil de 1984 que indica lo siguiente: “La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: (...) 6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad (...)”.

Cuando el juez emita la sentencia que declara la paternidad respectiva, se realiza la anotación en el acta de nacimiento. Es deber del Registrador Civil del Registro de Estado Civil de las Municipalidades o del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC, velar por que se cumpla con lo ordenado por el Juez.

2.4.4 La Filiación legítima e ilegítima

Señala Peralta (2008: 385) que “en la doctrina y legislación tradicional se sabe que existían dos categorías: los hijos legítimos generados dentro del matrimonio o legitimados por subsecuente casamiento de los padres y los hijos legítimos nacidos fuera del matrimonio. Entre estos se agrupaban: los hijos naturales de padres que al tiempo de la concepción podían casarse para ser reconocidos y tenían derechos alimentarios y hereditarios; los hijos adulterinos, producto de la unión de dos personas que al momento de la concepción no podían casarse porque uno de ellos o ambos estaban casados con terceras personas; los incestuosos, o hijos nacidos de padres que no podían contraer matrimonio en razón del parentesco que los unían y; los hijos sacrílegos, que procedían de un padre clérigo, de órdenes mayores o de personas ligadas por el voto solemne de castidad en una orden religiosa”.

Podemos apreciar que había una gran diferenciación entre hijos legítimos e ilegítimos. Los hijos legítimos podían gozar de todos sus derechos alimentarios y patrimoniales, mientras que los hijos ilegítimos no podían gozar de estos derechos. En el caso de sucesiones el hijo ilegítimo heredaba la mitad de lo que le correspondía al hijo legítimo.

La misma sociedad y las autoridades condenaban a los hijos ilegítimos a ver restringidos sus derechos fundamentales. Tenían como sustento que el matrimonio es la base fundamental de la familia y por eso se otorgaba más derechos a los hijos legítimos.

Asimismo el término “ilegítimo” ya implicaba desigualdad y era un término despectivo que generaba malestar. En la actualidad el RENIEC califica al término “ilegítimo” como un adjetivo inadecuado y sólo permite que el titular o los padres puedan solicitar copia certificada de las partidas de nacimiento que llevan el término “ilegítimo”.

En el transcurso del tiempo esta clasificación de hijos legítimos e ilegítimos fue cambiando paulatinamente en diversos países, entre ellos el Perú.

2.4.5 La filiación legítima e ilegítima en el ordenamiento jurídico peruano

En nuestro ordenamiento jurídico, la filiación legítima e ilegítima estuvo establecida en los Códigos Civiles de 1852 y 1936 siguiendo la influencia del Código Civil Francés. En las partidas de nacimiento se consignaba expresamente la condición de hijo legítimo e hijo ilegítimo, lo cual vulneraba el derecho a la igualdad y el derecho a la intimidad de los hijos ilegítimos.

2.4.5.1 La filiación legítima en el ordenamiento jurídico peruano

En el Código Civil de 1852 la filiación legítima estuvo establecida en el artículo 218 de la siguiente manera: “Son hijos legítimos, los que nacen de matrimonio: son ilegítimos, los que nacen de padres que no lo han contraído”. Asimismo el artículo 219 indicaba “Son también legítimos, los que nacen del matrimonio nulo, si ignoraban los padres, o al menos uno de ellos, la causa de la nulidad”.

En el Código Civil de 1936 la filiación legítima estuvo establecida en el artículo 299 de la siguiente manera: “El hijo nacido durante el matrimonio, o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, tiene por padre al marido”. Este mismo texto se mantiene vigente en el artículo 361 del Código Civil de 1984 para clasificar a los hijos matrimoniales. (Ver Figura N° 1).

2.4.5.2 La filiación ilegítima en el ordenamiento jurídico peruano

En el Código Civil de 1852 la filiación ilegítima estuvo establecida en el artículo 235 de la siguiente manera: “Son hijos ilegítimos, los que no nacen de matrimonio, ni están legitimados”.

En el Código Civil de 1936 la filiación legítima estuvo establecida en el artículo 348 de la siguiente manera: “Son hijos ilegítimos los nacidos fuera de matrimonio. (Ver Figura N° 2).

2.4.5.3 La legitimación en el ordenamiento jurídico peruano

La legitimación venía a ser el medio por el cual un hijo cambiaba su condición de hijo ilegítimo a hijo legítimo. Esta figura estuvo contemplada en los códigos civiles de 1852 y 1936 y otorgaba a los legitimados los mismos derechos civiles de los cuales gozaban los hijos legítimos. (Ver Figura N° 3).

Figura Nº 1: Partida de Nacimiento de hijo legítimo

Nombre Simón
Rosero
[Redacted]
[Redacted]

Fecha 27/12/51

153 Partida Número 5

En Lima, a las once y cincuenta de la mañana
del día veinte de enero de mil novecientos cincuenta y dos,
DON Don Simón
de veintinueve años, casado, casado
nacional de Peruano de nacionalidad peruana
domiciliado en la calle Granvari número veintidos veinte
identificado con electoral
manifestó su voluntad a los veintidos y diez
de la ciudad en Maternidad

Señaló [Redacted]
hijo legítimo del declarante

y de DOÑA [Redacted] [Redacted] de quince de sucesos
suos, natural de Quelche

Presentó como testigos a Don Leónidas Benítez
de [Redacted] años, domiciliado en la calle [Redacted]
número [Redacted]
identificado con [Redacted]
y DON Francisco Benítez
de [Redacted] años,
domiciliado en la calle [Redacted] número [Redacted]
identificado con [Redacted]

Fu fe de lo cual suscriben:

EL DECLARANTE
Don Simón

TESTIGO
Leónidas Benítez

OFICIAL REGISTRADOR
[Redacted]

TESTIGO
[Redacted]

JEFE DE LOS REGISTROS CIVILES
[Redacted]

NACIMIENTOS - MATERNIDAD

FORMA ACTA

Fuente: Sistema de Registros Civiles del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC

Figura Nº 2: Partida de Nacimiento de hijo ilegítimo

96

Nombre Ruiz Polo

Fecha 26-12-51

0198 Partida Número 2

En Lima, a los dieciséis de enero de mil novecientos cincuenta y dos,

del día trece de enero de mil novecientos cincuenta y dos,

DON Diego Ruiz

de veinticinco años soltero panadero

natural de Perú de nacionalidad peruana

domiciliado en la calle Magdalena número 1

identificado con militar

manifestó un varón nacido 0 al día veintiseis

de enero último a las veinte y cinco minutos

de la noche en Maternidad

llamado Polo

hijo ilegítimo del declarante

y de DORA Juana Polo de veintidos años soltera

natural de Lima

Presentó como testigos a Don Guillermo Rodríguez

de veinte años domiciliado en la calle Magdalena número 1

identificado con militar

y DON Fortunato Villalobos

de veinte años domiciliado en la calle Magdalena número 1

identificado con electoral

En fe de lo cual suscriben:

EL DECLARANTE Antony Ruiz

TESTIGO Guillermo Rodríguez

TESTIGO Fortunato Villalobos

OFICIAL REGISTRADOR [Firma]

JEFE DE LOS REGISTROS CIVILES [Firma]

NACIMIENTOS - MATERNIDAD

ACTA

Fuente: Sistema de Registros Civiles del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC

Figura Nº 3: Partida de Nacimiento con legitimación

157

Nombre Lazo
Homayana

Fecha 4/2

LEGITIMACION
Homayana
Titular de esta partida, ha sido legitimado por el sub-rogado matrimonio de sus padres, que se realizó el día cuatro de febrero de mil novecientos cincuenta y uno, en la ciudad de Lima, Perú, ante el Dr. Donato Jefe del Registro de Matrimonio.

Como consta de la partida inscrita a fojas 113 del libro del Registro de Matrimonio de la ciudad de Lima.

Lima 23 de febrero de 1968

NACIMIENTOS - MATERNIDAD

PARTIDA NÚMERO 0039

En Lima, a las veinte y cuatro en febrero de mil novecientos cincuenta y uno

del día cuatro de febrero

DON Lazo
de homayana altera, comerciante
natural de Moquegua Nacionalidad peruana
domiciliado en Lima Moquegua

Identificado con Libreta Electoral
manifestó un años - nacido el día cuatro
de este mes - a las veinte y cinco
llamada Ella en la Maternidad
a ilegitima del declarante

y de DONA Homayana, de diecinueve
años, altera, natural de Coracora

Presentó como testigos a Don Alejandro Pena, domiciliado en el fin
y a Don Eduardo Torero
empleados
domiciliados en el fin Moquegua Moquegua
ambos mayores de edad y debidamente identificados.
Testado: Moquegua = no vale.

En fe de lo cual suscriben
EL DECLARANTE
TESTIGO
TESTIGO

Alejandro Pena
OFICIAL REGISTRAR
Eduardo Torero
OFICIAL REGISTRAR

Fuente: Sistema de Registros Civiles del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC

Podemos concluir que la institución del matrimonio y el poder que tenía la Iglesia Católica ante la Sociedad y el Estado, fueron muy determinantes a la hora de clasificar a los hijos en legítimos o ilegítimos. Los hijos ilegítimos tuvieron que soportar vergüenzas, humillaciones y vieron afectados muchos de sus derechos fundamentales.

Sin embargo, “esta situación cambió a partir del año 1963 cuando se promulgó la Ley N° 14772 que prohibió a toda dependencia del Estado consignar en los documentos que otorgasen, datos relativos a la filiación legítima o ilegítima de las personas. Este constituyó el paso previo para que la Constitución de 1979 prohibiera toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles”. (RENIEC, 2013: 43).

El Código Civil de 1984 dejó de utilizar las denominaciones de hijo legítimo e hijo ilegítimo y optó por las denominaciones de hijo matrimonial e hijo extramatrimonial.

2.4.6 La filiación matrimonial y extramatrimonial

“En el derecho romano se conoció en la época clásica los *iusti liberi*, o sea, los hijos del matrimonio legítimo o de justas nupcias y los *liberi spurii*, o sea, los hijos no matrimoniales, posteriormente en la época de Constantino se conocieron a los *liberi naturalis*. La filiación legítima por tanto, está necesariamente vinculada al matrimonio de los padres. Sin la existencia de éste, sea antes o después de la concepción, no había legitimidad posible, por cuanto que aquella era un efecto del matrimonio y no solamente una

valoración ética o moral. Posteriormente las calificaciones de hijos matrimoniales y no matrimoniales sólo ha servido para efectuar una discriminación tajante desde el punto de vista jurídico entre esas categorías de hijos. Esto no es nada razonable ni lógico, por cuanto se ha hecho recaer sobre los hijos esa falta de derechos por una situación que no fue provocada por ellos sino por sus padres”. (Peralta, 2008: 393).

Para Mallqui y Momethiano (2002: 733) “la filiación matrimonial deriva de las palabras latinas filius y matrimonium, que significa hijo que procede de padres casados, es decir hijo nacido de padre y madre que han contraído matrimonio de acuerdo a las formalidades establecidas por nuestra ley civil”.

Para Mallqui y Momethiano (2002: 760) “la filiación ilegítima implica y supone la falta de vínculo matrimonial entre los padres. De aquí una primera aproximación al concepto de la filiación ilegítima nos lleva a calificarla como extramatrimonial”.

Podemos apreciar que la diferencia entre el hijo matrimonial y extramatrimonial, es que el primero nace dentro del matrimonio, mientras que el otro nace fuera del matrimonio. Sin embargo en la Constitución de 1979 se proclama que todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Pero en la práctica no sucede así.

En el caso del hijo matrimonial y teniendo como fuente principal el acta de matrimonio de los padres, se crea la filiación automática, la patria potestad es

ejercida por ambos esposos y el hijo matrimonial es sujeto de derechos alimentarios y sucesorios. Mientras que en el caso del hijo extramatrimonial, si uno de los padres no realiza el reconocimiento respectivo, no se crea la filiación automática, la patria potestad es ejercida por un solo padre y el hijo extramatrimonial no es sujeto de derechos alimentarios y sucesorios de parte del padre que no realizó el reconocimiento. El hijo extramatrimonial gozará de todos los derechos de un hijo matrimonial, cuando el reconocimiento haya sido realizado por ambos padres. Por lo tanto no hay igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

2.4.7 La presunción legal de paternidad – Pater est

Señala Aguilar (2013: 232) que “desde Roma llega esta presunción *iuris tantum*, conocida como *pater is quem nuptiae demostrant* y que se traduce en el hecho de que si una mujer casada alumbró un hijo, se tiene como padre de éste a su marido, y ello en función de las obligaciones que impone el matrimonio, principalmente la cohabitación y la fidelidad que se deben los cónyuges, sin embargo el hecho de que una mujer casada conciba o alumbró un hijo no significa necesariamente que ese hijo sea de su marido”.

Para Bossert y Zannon citados por Varsi y Siverino (2003: 463) “la presunción pater est tiene un carácter de historicidad que deberá actualizarse o andar a la par con el devenir de las relaciones sociales y técnicas, pues su carácter ancestral desmedra su eficacia y no le otorga valor absoluto. Para que las presunciones, que en esta materia consagra la ley, no caigan peligrosamente en el terreno de las ficciones, es menester tener bien claro el hecho que las

nutre. Se trata de presupuestos biológicos que exigen, en cada caso, una correlativa concordancia con el vínculo jurídico que instrumentan. Además, la ley debe presumir lo posible, entendiendo como tal lo fácticamente verosímil. En caso contrario, la ley entra en el ámbito de lo absurdo”.

Para Del Carpio (2013: 170) “esta presunción no resulta acorde con la realidad, resultando en nuestros tiempos incluso atentatoria del derecho de identidad del menor, quien deberá esperar la conclusión de un proceso judicial de impugnación de paternidad para que recién tenga expedito el derecho de ser reconocido por el padre biológico o que tenga expedito el derecho de investigar su paternidad. Esto resulta vejatorio para el menor y deben, por consiguiente, adoptarse medidas que redunden en beneficio e interés del mismo, cuyo efecto tenga igual o mayor protección a la que se pretende con la presunción de paternidad”.

Compartimos lo dicho por Del Carpio teniendo en cuenta que en la realidad peruana, la presunción legal de paternidad es atentatoria del derecho a la identidad y afecta el Interés Superior del Niño. También se atenta contra el derecho del menor de conocer a su padre y se incumple con lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual indica que se reconoce el derecho del niño a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2.4.8 La filiación matrimonial y extramatrimonial en el ordenamiento jurídico peruano

“La Constitución de 1979 proclamó la igualdad de derechos de todos los hijos prohibiendo toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación tanto en los registros civiles como en cualquier documento de identidad, con lo que parecía haberse puesto fin a la odiosa discriminación de los hijos; sin embargo cuando se pensó que tales diferencias habían quedado atrás los legisladores del 84 insertan en el Código actual la figura de los hijos matrimoniales, extramatrimoniales, adoptivos y alimentistas, estableciendo diferencias conceptuales que juzgamos atentatoria a la mencionada Carta”. (Peralta, 2008: 387).

En nuestro ordenamiento jurídico, la filiación matrimonial y extramatrimonial está establecida en el Código Civil de 1984.

2.4.8.1 La filiación matrimonial en el ordenamiento jurídico peruano

En el Código Civil de 1984 la filiación matrimonial está establecida en el artículo 361 que indica lo siguiente: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”. En ese artículo se establece la presunción legal de paternidad. (Ver Figuras Nº 4 y Nº 5).

Señala Aguilar (2013: 232) que “una aplicación estricta del artículo 361 del Código Civil puede llevarnos a situaciones injustas, por cuanto bajo

esta presunción, pueden imputarse hijos a maridos que no se consideren padres de ellos, en razón de no haber cohabitado con la mujer en la época de la concepción, y por lo tanto dicho marido de la mujer que alumbró el hijo, al no considerarse padre de él, debe tener acción para enervar esta presunción; y en efecto, la ley le concede acción pero no en forma irrestricta, limitándola a supuestos que enerven esta relación paterno filial”.

2.4.8.2 La filiación extramatrimonial en el ordenamiento jurídico peruano

En el Código Civil de 1984 la filiación extramatrimonial está establecida en el artículo 386 que indica lo siguiente: “Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio”. Asimismo, en el artículo 388 indica lo siguiente: “El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos”. (Ver Figuras Nº 6 y Nº 7).

Cuando el hijo extramatrimonial es reconocido por ambos padres se crea la filiación automática, la patria potestad es ejercida por ambos padres y el hijo es sujeto de derechos alimentarios y sucesorios. Sin embargo, cuando es reconocido por solo uno de los padres, no se crea la filiación automática, la patria potestad es ejercida por un solo padre y el hijo no es sujeto de derechos alimentarios y sucesorios de parte del padre que no realizó el reconocimiento.

Figura Nº 4: Acta de Nacimiento de hijo matrimonial

REPUBLICA DEL PERU
DISTRITO DE MIRAFLORES
OFICINA DE REGISTRO DEL ESTADO CIVIL
AÑO 1996
ACTA DE NACIMIENTO

Partida Número Libro 2 - C4

De V. K. Herrera Maguino

Sexo Varón

Lugar de Nacimiento Lima, Lima

Hora Cinco y cuarenta Día siete Mes Febrero

de mil novecientos noventa y seis

Padre Herrera Herrera Madre Maguino Urbina

Edad veintidos Edad veinti cuatro

Natural de Lima Natural de Lima

Nacionalidad Peruana Nacionalidad Peruana

Ocupación Programador Ocupación su casa

Domicilio av. Peru cuatro dos - Domicilio la dirección indicada

nueve cero San Martin de

Declarante Forras

La madre

Documento de Identidad R EN: 25702093

Se extiende esta Acta en Miraflores Hora Doce y noventa

Día veintisiete Mes Febrero de mil novecientos noventa y seis

Forras REGISTRADOR


upadisa DECLARANTE

MUNICIPALIDAD DE MIRAFLORES

Dr. CARLOS PAMPOSARCO DE VILLACORA
 Jefe de Registro Civil


Fuente: Sistema de Registros Civiles del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC

Figura Nº 5: Acta de Matrimonio – Medio de prueba de la filiación automática



REPUBLICA DEL PERU
DISTRITO DE CARMEN DE LA LEGUA - REYNOSO PROVINCIA CONSTITUCIONAL DEL CALLAO
OFICINA DE REGISTRO DEL ESTADO CIVIL DE : MUNICIPALIDAD DE CARMEN DE LA LEGUA - REYNOSO
AÑO 1995
ACTA DE MATRIMONIO

<p>DON <u>Herrera Herrera</u> Estado Civil <u>soltero</u> Edad <u>veintidós años</u> Natural de <u>San Martín de Porras - Lima</u> Nacionalidad <u>Peruana</u> Ocupación <u>Programador en Informática</u> Domicilio <u>Jr. República de Nicaragua N° 126 - v.s.m. - 6 de la Legua - P.</u> Padre <u>Herrera Javier</u> Nacionalidad <u>Peruana</u> Madre <u>Herrera Herrera C.</u> Nacionalidad <u>Peruana</u></p> <p>Se presentaron ante la autoridad competente para contraer matrimonio y cumplido los requisitos de ley, según constan en el expediente N° <u>2686-95</u> se dio lectura a los Arts. del 287 al 290-418 y 419 del Código Civil, en presencia de los testigos:</p> <p>Don (ña) <u>Herrera Herrera</u> Documento de Identidad <u>D.B. N° 09900338</u> Domicilio <u>C.R. Perú N° 4280 S.M.P. - Lima</u></p>	<p>DONA <u>Maguino Urriburu</u> Estado Civil <u>soltera</u> Edad <u>veintidós años</u> Natural de <u>Lima</u> Nacionalidad <u>Peruana</u> Ocupación <u>Secretaria</u> Domicilio <u>Jr. República de Nicaragua N° 126 - v.s.m. - 6 de la Legua - P.</u> Padre <u>Maguino R.</u> Nacionalidad <u>Peruana</u> Madre <u>Urriburu</u> Nacionalidad <u>Peruana</u></p> <p>Don (ña) <u>Maguino Urriburu</u> Documento de Identidad <u>D.B. N° 25400118</u> Domicilio <u>Jr. República de Nicaragua 226 v.s.m. P.</u></p>
---	---

Y, preguntando a cada uno de los contrayentes si persisten en su voluntad de celebrar el matrimonio y respondiendo ambos afirmativamente los declaro casados, extendiendo la presente Acta que suscriben a horas once y quince de día viernes del mes de Octubre año de mil novecientos noventa y cinco



AL CONTRAYENTE
MUNICIPALIDAD DISTRICTAL DE
CARMEN DE LA LEGUA - REYNOSO
TESTIGO
REGISTRADOR
DOBS AL MONACIO



LA CONTRAYENTE
MUNICIPALIDAD DISTRICTAL DE
CARMEN DE LA LEGUA - REYNOSO
Jefe de Registros Civiles

Fuente: Sistema de Registros Civiles del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC

**Figura N° 6: Acta de Nacimiento de hijo extramatrimonial, reconocido
por el padre y la madre conjuntamente**

REPUBLICA DEL PERU
REGISTRO NACIONAL DE IDENTIFICACIÓN Y ESTADO CIVIL
ACTA DE NACIMIENTO

OFICINA REGISTRAL
14.09.2005 LIMA
COMAS

DATOS DEL NACIDO
HERRERA—
LIMA
COMAS
06/150. 31/08/2005 TREINTAUNO DE AGOSTO DEL DOS MIL CINCO—
2 CLINICA

DATOS DE LA MADRE
ROJAS—
AV. PERÚ N° 4290 - SAN MARTIN DE PORRES—

DATOS DEL PADRE
HERRERA—
HERRERA—
ROJAS—

DECLARANTE
HERRERA—
ROJAS—

REGISTRADORA
PARRILLA FARJE, LILIANA ESTEFANIA

Observaciones: TESTADO 920515, 92051204 = "VALE"

DECLARANTE
I. DECLARANTE
II. DECLARANTE

MUNICIPALIDAD DIST. DE COMAS
Sub-Comandante de Registro Civil
Registradora del Estado Civil

Fuente: Sistema de Registros Civiles del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC

**Figura Nº 7: Acta de Nacimiento de hijo extramatrimonial, reconocido
sólo por la madre**

REGISTRO NACIONAL DE IDENTIFICACION Y ESTADO CIVIL

ACTA DE NACIMIENTO

**Código Único de Identificación
CUI**

FECHA DE NACIMIENTO ~~30-06-2016~~ **HORA** 11:10 AM

LOCALIDAD / CALLAO / BELLAVISTA (24 01 02 000)

LUGAR DE OCURRENCIA HOSPITAL DANIEL ALCIDES CARRION

SEXO FEMENINO

Nombre:	XXXXXXXXXX SAAVEDRA CERVANTES	
DATOS DE LOS PADRES	PADRE	MADRE
Prenombres	XXXXXXXXXX	XXXXXXXXXX
Primer Apellido	SAAVEDRA	CERVANTES
Segundo Apellido	BENITES	ARAUJO
Nacionalidad	PERUANA	PERUANA
Documento de Identidad	DNI/I.E. XXXXXXXXXX	DNI/I.E. XXXXXXXXXX
Domicilio de la madre	JR. CHACHAPOYAS 808. LIMA LIMA SAN MARTIN DE PORRES	

FECHA DE REGISTRO 1 DE JULIO DE 2016

OFICINA REGISTRAL / CALLAO / BELLAVISTA (24 01 02 000)

DECLARANTE / VÍNCULO ~~XXXXXXXXXX~~ A CERVANTES ARAUJO / MADRE

DOCUMENTO DE IDENTIDAD DNI/I.E. 48057623

REGISTRADOR CIVIL CALDERON QUEVEDO, LUISA MARGARITA

DNI 21870652

OBSERVACIONES


 Firma del Declarante


 Firma del Declarante


 Firma del Registrador


 Impresión dactilar


 Impresión dactilar


 Impresión dactilar



Fuente: Sistema de Registros Civiles del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC

CAPÍTULO 3

RECONOCIMIENTO DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL DE MUJER CASADA

En nuestra legislación actual, la presunción legal de paternidad establece que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido. Teniendo como fundamento esta presunción legal de paternidad, se establece que el hijo de mujer casada no puede ser reconocido por el padre biológico sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.

En el Perú, a raíz de esta normativa, hay cientos de casos de niños que no pueden ser reconocidos por el padre biológico ya que la ley impone una condición: que el esposo realice vía judicial la negación de paternidad y obtenga sentencia favorable. Si el esposo no acciona judicialmente pueden pasar largos años en los cuales el menor no pueda ser reconocido por su padre biológico, con lo cual se estaría vulnerando su derecho a la identidad, derecho fundamental que tiene todo ser humano y se estaría afectando el principio universal del Interés Superior del Niño.

3.1 Reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada en el ordenamiento jurídico peruano

En el Código Civil de 1984 el reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada está establecido en el artículo 396 que indica lo siguiente: “El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable”.

Para que el padre biológico pueda reconocer al hijo extramatrimonial de mujer casada, el esposo tiene que realizar la negación de paternidad en la vía judicial y obtener sentencia favorable, ya que la ley establece que la única persona que puede accionar es el esposo. Si el padre biológico quisiera accionar judicialmente solicitando el reconocimiento de paternidad, este será declarado improcedente. Una vez que el esposo haya obtenido sentencia favorable, recién el padre biológico podrá realizar el reconocimiento respectivo. De no ser así, pueden pasar largos años en los cuales el menor no pueda ser reconocido por su padre biológico.

En el Perú, son muchísimos los casos de mujeres casadas que se separan del esposo sin haber disuelto el vínculo matrimonial, por problemas en el matrimonio tales como: la violencia física ejercida por el esposo, la convivencia insoportable entre ambos, intereses diferentes, la insatisfacción sexual, la infidelidad, entre otros. Por lo general terminan en malos términos, por lo que no existe la voluntad del esposo de iniciar la disolución del vínculo matrimonial. También hay casos en los cuales el esposo migró fuera del país en busca de nuevas oportunidades y nunca más regresó al país.

Posterior a la separación, la esposa inicia una nueva relación sentimental con otra persona, lo cual debido a su condición de casada se convierte en un concubinato. A raíz de esta relación de concubinato procrean hijos y se genera el problema de filiación entre hijo y padre biológico.

Siguiendo lo estipulado en el artículo 396 del Código Civil, los registradores civiles no permitían que el padre biológico pudiera realizar el reconocimiento respectivo ya que la madre seguía casada con el esposo. La madre estaba obligada a consignar en la partida de nacimiento los nombres y apellidos del esposo, a sabiendas que no era el padre biológico, para que su hijo pudiera contar con la partida de nacimiento y pueda obtener su Documento Nacional de Identidad. (Ver Figuras N° 8 y N° 9).

Para contrarrestar esta problemática, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC, ente rector de los Registros Civiles a nivel nacional, en Mayo del 2009 emitió el Memorando Múltiple N° 348-2009/GOR/RENIEC donde realiza un análisis minucioso de la presunción legal de paternidad y establece que la mujer casada pueda **declarar** los datos del padre biológico (datos distintos a los de su marido), a efectos de otorgarle al menor un **nombre** acorde con su identidad biológica. En conclusión la madre puede **declarar** los datos del padre biológico, pero no permite que el padre biológico pueda **reconocer** a su hijo ya que esto contravendría lo estipulado en el artículo 396 del Código Civil. (Ver Figuras N° 10 y N° 11).

Si bien esta medida por parte del RENIEC, permite que el niño pueda llevar el apellido del padre biológico, no crea la filiación y por consiguiente no genera vínculo jurídico entre padre e hijo. Esto conlleva a que se vulnere el derecho a la identidad del menor y

se afecte el Interés Superior del Niño. Asimismo, el menor puede ver afectado sus derechos alimentarios, derechos sucesorios, entre otros. En el caso del padre biológico, se le estaría afectando el derecho de reconocer a su hijo y por lo tanto no podría tener derecho a ejercer la patria potestad, de ser el caso no tendría derecho a solicitar la tenencia del menor, de ser el caso no tendría derecho al régimen de visitas, entre otros y en el caso de que falleciera, su menor hijo no podría gozar lo que por ley le corresponde, dejándolo indefenso.

3.2 El legítimo interés del hijo extramatrimonial de mujer casada de conocer a sus padres biológicos

Según lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 7 inciso 1, se reconoce el derecho del niño a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Asimismo establece que es obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la Convención.

Señala Vilcachagua (2003: 808) “que el niño tiene un legítimo interés en conocer quiénes son sus padres”.

Podemos concluir que todo niño tiene derecho de conocer quiénes son sus padres biológicos. No se le puede privar el derecho de conocer su verdadera identidad biológica. El Estado Peruano está en la obligación de modificar la normativa que afecta directamente al hijo extramatrimonial de mujer casada, ya que vulnera su derecho a la identidad y afecta el principio del Interés Superior del Niño.

Figura N° 8: Acta de Nacimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada,
donde están consignados los datos del esposo

REPUBLICA DEL PERU
REGISTRO NACIONAL DE IDENTIFICACION Y ESTADO CIVIL
ACTA DE NACIMIENTO

OFICINA REGISTRAL

26 09 2007 LIMA 14 LIMA 01
Die Mes Año Departamento Código Provincia Código

JESUS MARIA 33
Nombre Código

DATOS DEL NACIDO
SILVA
Primer Apellido

REYES
Segundo Apellido

2 FEMENINO
Sexo 1. Masculino - 2. Femenino

LIMA 14 LIMA 01
NACION EN Departamento Código Provincia Código

LINCE 11
División Código

12 10 P. 04 07 2007 CUATRO DE JULIO DE DOS MIL SIETE
Hora Lugar Día Mes Año Fecha en Letras

2 CLINICA GONZALEZ AV. IGNACIO MERINO N° 1884
Número y Dirección

DATOS DE LA MADRE
REYES
Primer Apellido

LARRAÑAGA
Segundo Apellido

JR. LIBERTAD 455 DPTO.202 - MAGDALENA DEL MAR
Dirección de la Madre

DATOS DEL PADRE
SILVA
Primer Apellido

NADRAMIJA
Segundo Apellido

DECLARANTE
REYES
Primer Apellido

LARRAÑAGA
Segundo Apellido

ANALIA MARIBEL
Primer Apellido

33 **1** **LIMA**
Edad Personas Extranj. 2 Nacionalidad Natural de (provincia)

33 **1** **MADRE**
Edad Personas Extranj. 2 Nacionalidad Natural de (provincia)

REGISTRADORA
TONG ROSSO CLAUDIA LISBETH
Apellidos y Pre-Nombres del Registrador (a)

Observaciones: LEY 26497 ART.47


El Incentivo: Se usó el Registro Civil de Acta N° Libro N° Martel el Registro de Acta N° Libro N°

1-DECLARANTE
II-DECLARANTE

CLAUDIA LISBETH TONG ROSSO
REGISTRADOR (A)
FIRMA Y SELLO

Fuente: Sistema de Registros Civiles del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC


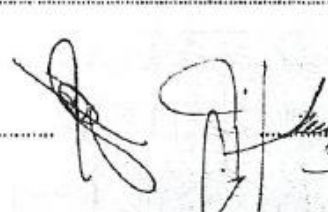

Figura N° 9: Acta de Matrimonio que sirvió como medio para consignar los datos del esposo en el Acta Nacimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada




REPUBLICA DEL PERU
Municipalidad Distrital de Pueblo Libre
Registro del Estado Civil
 DISTRITO DE PUEBLO LIBRE - PROVINCIA DE LIMA - DEPARTAMENTO DE LIMA
 OFICINA DE REGISTRO DEL ESTADO CIVIL DE MUNICIPALIDAD DE PUEBLO LIBRE
 AÑO 1996

ACTA DE MATRIMONIO

DON <u>SILVA NADRAMIJA</u> Estado Civil <u>SOLOTERO</u> Edad <u>VEINTIOCHO</u> Natural de <u>MIRAFLORES</u> Nacionalidad <u>PERUANA</u> Ocupación <u>EMPRESARIO</u> Domicilio <u>HIPOLITO VILLANUEVA - 600</u> <u>LA VICTORIA</u> Documento de Identidad <u>LE. [REDACTED]</u> Padre <u>JUAN SILVA</u> Nacionalidad <u>PERUANA</u> Madre <u>LA NADRAMIJA</u> Nacionalidad <u>PERUANA</u> Se presentaron ante la autoridad competente para contraer matrimonio y cumplido los requisitos de ley, según consta en el expediente N° <u>3048</u> se dió a los Arts. del 287 al 290-418 y 419 del Código Civil, en presencia de los testigos: Don (ña) <u>REYES LARRAÑAGA</u> Documento de Identidad <u>LE. [REDACTED]</u> Domicilio <u>PASEO LIBERTAD - 250 - P.L</u>	DOÑA <u>REYES LARRAÑAGA</u> Estado Civil <u>SOLOTERA</u> Edad <u>VEINTIDOS</u> Natural de <u>JESUS MARIA</u> Nacionalidad <u>PERUANA</u> Ocupación <u>ESTUDIANTE</u> Domicilio <u>PASEO LIBERTAD</u> <u>N° 250-III PUEBLO LIBRE</u> Documento de Identidad <u>LE. [REDACTED]</u> Padre <u>DANIEL REYES</u> Nacionalidad <u>PERUANA</u> Madre <u>ROSALBA LARRAÑAGA</u> Nacionalidad <u>PERUANA</u> Don (ña) <u>LARRAÑAGA PAREDES</u> Documento de Identidad <u>LE. [REDACTED]</u> Domicilio <u>CALLE LERIDA - 206</u>
---	---

y, preguntando a cada uno de los contrayentes si persisten en su voluntad de celebrar el matrimonio y respondiendo ambos afirmativamente los declaro casados, extendiendo la presente Acta que suscriben a horas DOCE M. del día OCHO mes JUNIO año de mil novecientos noventa y seis.

Fuente: Sistema de Registros Civiles del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC

**Figura Nº 10: Acta de Nacimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada,
donde están consignados los datos del padre biológico**

REGISTRO NACIONAL DE IDENTIFICACION Y ESTADO CIVIL
ACTA DE NACIMIENTO

Nº [REDACTED]

Código Único de Identificación
CUI

FECHA DE NACIMIENTO [REDACTED]

LOCALIDAD LIMA / LIMA / SAN MIGUEL (14 01 27 000)

LUGAR DE OCURRENCIA HOSPITAL OCTAVIO MONGRUT MUÑOZ

SEXO MASCULINO

Nombre:	[REDACTED] PEREZ VALDERRAMA	
DATOS DE LOS PADRES	PADRE	MADRE
Prenombres	[REDACTED]	[REDACTED]
Primer Apellido	PEREZ	VALDERRAMA
Segundo Apellido	AZAÑERO	BAZALAR
Nacionalidad	PERUANA	PERUANA
Documento de Identidad	DNI/LE [REDACTED]	DNI/LP [REDACTED]

FECHA DE REGISTRO 13 DE AGOSTO DEL 2018

OFICINA REGISTRAL LIMA / LIMA / LIMA (14 01 01 000)

DECLARANTE / VÍNCULO [REDACTED] VALDERRAMA BAZALAR / MADRE

DOCUMENTO DE IDENTIDAD DNI/LE [REDACTED]

REGISTRADOR CIVIL MESIAS REYES, CRISTHIAN ENRIQUE

DNI 40236621

OBSERVACIONES LEY Nº 26407 ART. 47º - MENOR EXP.2045-2010-S-OR/LIMA RES.REG.2574-2010-OR/LIMA/JR10/LIM/GOBIERNO LC


 Firma del Declarante


 Firma del Declarante


CRISTHIAN ENRIQUE MESIAS REYES
 Registrador Civil


 Impresión dactilar


 Impresión dactilar


 Impresión dactilar


 Barcode

Fuente: Sistema de Registros Civiles del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC

Figura N° 11: Acta de Matrimonio de la madre que consignó los datos del padre biológico en el Acta Nacimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada

REPUBLICA DEL PERU
REGISTRO NACIONAL DE IDENTIFICACION Y ESTADO CIVIL
ACTA DE MATRIMONIO

OFICINA REGISTRAL
14 10 2003 LIMA
BRENA

14 LIMA
04

DATOS DEL CONTRAYENTE

SAENZ
Primera Apellido
Segunda Apellido
NATURAL DE LIMA
JESUS MARIA
Domicilio VALDERRAMA

BAZALAR
Primera Apellido
Segunda Apellido
NATURAL DE LIMA
LA VICTORIA
Domicilio

TESTIGO
MARTICOREMA
Primera Apellido
Segunda Apellido
TESTIGO
POZO
Primera Apellido
Segunda Apellido

REGISTRADORIA
ESCALANTE LOPEZ JOSE ANGEL.
Apellidos y Pre-Nombres del Registrante

En mérito del expediente N° 388-03 que declara la capacidad de los pretendientes, el presente matrimonio fue celebrado por JOSE A. ESCALANTE LOPEZ.
En su calidad de Jefe Reg. Civil a horas 15.00 hrs. del día Diecisiete de Octubre de 2003.

Observaciones:

MUNICIPALIDAD DE BRENA
JOSE ANGEL ESCALANTE LOPEZ
Jefe de Registros Civiles

Fuente: Sistema de Registros Civiles del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC

3.3 La prueba de ADN como medio para determinar la filiación del hijo extramatrimonial de mujer casada

Señala Aguilar (2013: 287) que “el ADN (ácido desoxirribonucleico), llamado también molécula de la vida, está formado por dos filamentos estrechamente entrelazados dispuestos en forma de doble hélice, los genes (del griego dar vida, referidos a los factores hereditarios) se sitúan a lo largo de estos filamentos, formando los 23 pares de cromosomas que llevamos encerrados en el núcleo de todas y cada una de las células de nuestro cuerpo; la unión de los filamentos aportados por el padre y la madre origina el nuevo conjunto de 23 pares de cromosomas que explica que el hijo o la hija herede rasgos genéticos de ambos progenitores”.

Señala Peralta (2008: 400) que “(...) En la actualidad, las pruebas biológicas, genéticas y el ADN, están plenamente acreditadas, son muy solventes y decisivas y de eficacia reconocida en muchos países donde se usan con gran éxito. La legislación nacional no puede estar al margen de estos avances y ha reglado su aplicación con la Ley 27048 de 28.12.98”.

En nuestro Código Civil, la prueba de ADN ha sido incorporada en la negación de paternidad y en la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, para determinar si existe o no, filiación entre padre e hijo. En la negación de paternidad (cuando el marido no se crea padre del hijo de su mujer), está establecida en el artículo 363 de la siguiente manera: “(...) 5. Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. (...)”, y en la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, está establecida en el artículo 402 de la siguiente manera: “(...) 6. Cuando se acredite el

vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza (...).”

En la actualidad, la prueba de ADN se ha convertido en la prueba que con mayor certeza determina la filiación entre padre e hijo. Se puede llegar a tener una certeza superior al 99.99%. Es el medio más utilizado por los órganos jurisdiccionales para determinar la filiación.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 402 inciso 6, la prueba de ADN no es aplicable para el hijo extramatrimonial de mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad. Se da esta restricción por la presunción legal de paternidad establecida en el artículo 361 de nuestro Código Civil.

Podemos concluir que, debido a su altísimo grado de certeza, sería muy importante que la prueba de ADN pueda ser aplicable para determinar la filiación entre el padre biológico y el hijo extramatrimonial de mujer casada, con lo cual se estaría reconociendo la verdadera identidad biológica del menor. En determinada jurisprudencia de la Corte Suprema, aplicada al caso concreto, la prueba de ADN ha sido medio probatorio para determinar la filiación entre padre biológico e hijo extramatrimonial de mujer casada.

3.4 Legislación comparada sobre la filiación

“La Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela 1999 en su artículo 56 establece que toda persona tiene derecho a un nombre propio, al apellido del padre y al de la madre, y a conocer la identidad de los mismos. El Estado garantizará el

derecho a investigar la maternidad y la paternidad. Toda persona tiene derecho a ser inscrita gratuitamente en el registro civil después de su nacimiento y a obtener documentos públicos que comprueben su identidad biológica, de conformidad con la ley. Éstos no contendrán mención alguna que califique la filiación. Asimismo en su artículo 76 establece que la maternidad y la paternidad son protegidos integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre”. (Del Carpio, 2013: 176).

La Constitución Política de la República del Ecuador en su artículo 40 establece que “Los hijos, sin considerar antecedentes de filiación o adopción, tendrán los mismos derechos. Al inscribir el nacimiento no se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación, y en el documento de identidad no se hará referencia a ella”.

Podemos apreciar que en la legislación venezolana y ecuatoriana no hay diferenciación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Tienen la orientación de filiación única, la cual es tendencia universal, y no como en nuestro país que aún se mantiene la orientación de diferenciar entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

CAPÍTULO 4

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

La Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, se ha pronunciado sobre el hijo extramatrimonial de mujer casada, aplicando el control difuso. Para ello declaró inaplicable el artículo 396 del Código Civil y tuteló el derecho a la identidad del menor teniendo como base el Interés Superior del Niño.

4.1 El Control Difuso como medio de inaplicación del artículo 396 del Código Civil

Señala Rioja (*cf.* 2013) que existen dos sistemas de control de la constitucionalidad de las normas jurídicas: el control difuso, por el cual ante un conflicto de una norma legal frente a una constitucional se ha de preferir esta última, y esta labor es comisionada a cualquier operador del derecho, y el control concentrado, por el cual aquella labor recae en un solo órgano especializado, quien ejerce el control de la constitucionalidad de las leyes.

La Constitución Política del Perú de 1993, establece el control difuso en el artículo 138 de la siguiente manera: “(...) En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una

norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

La aplicación del control difuso es de competencia de todos los Órganos Jurisdiccionales, sin importar la especialidad. Ante un conflicto entre una norma constitucional y una norma legal los jueces prefieren la primera. Esta se aplica al caso concreto y no es *erga omnes*. Sólo es vinculante para las partes del proceso.

Asimismo, cabe indicar que el control difuso puede ser aplicado también por la Administración Pública. Así lo establece el Tribunal Constitucional en el Fundamento 7 de la Sentencia 3741-2004-AA/TC que a la letra dice: “ la administración pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no sólo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución –dada su fuerza normativa–, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (...)”.

En referencia al hijo extramatrimonial de mujer casada, la aplicación del control difuso ha permitido que se declare inaplicable el artículo 396 del Código Civil, con lo cual se ha tutelado el derecho a la identidad del menor, teniendo como base el Interés Superior del Niño.

4.2 CASACIÓN 2726-2012 DEL SANTA: IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD

Fundamentos del recurso

El presente recurso de casación, ha sido declarado procedente por la causal de Infracción normativa de derecho material del artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado; alegando, que se ha vulnerado el derecho que tiene toda persona a su identidad.

Primera instancia

Nolberto Roca (padre biológico) interpone demanda contra Teodoro Guerrero (esposo) y Eva Cárdenas (esposa), solicitando impugnar el reconocimiento de paternidad efectuado por Teodoro Guerrero a favor de su menor hija. Practicada la prueba de ADN se concluye en un 99.9999999845% que el recurrente es el padre biológico, siendo necesario que la menor goce del derecho de su verdadera filiación e identidad, derechos consagrados en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución Política del Estado, ya que lo contrario importaría una grave afectación de los derechos sustanciales de la menor.

El Juez declaró fundada la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad, en consecuencia declaró inaplicable para el proceso lo previsto en el artículo 396 del Código Civil, por lo dispuesto en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado.

Como fundamentos de su decisión el Juez considera que la presunción de paternidad para los hijos nacidos dentro del matrimonio es una regla de carácter imperativo, aplicándose a la generalidad de los casos, más su fuerza no es absoluta, admitiéndose prueba en contrario. Señala que el presupuesto de la previa negación de paternidad, limita el derecho no solo del padre biológico sino contraviene el derecho fundamental a la identidad del menor a quien por ley y mandato constitucional el Estado está en la obligación de proteger. En base al principio de la jerarquía normativa resulta inaplicable al caso de autos, lo previsto en el artículo 396 del Código Civil.

Segunda instancia

El demandado Teodoro Guerrero interpone recurso de apelación y la Sala revoca la sentencia apelada y reformándola declara improcedente la demanda, considerando que ha quedado acreditado que la menor de iniciales M.L.G.C es hija nacida dentro del matrimonio de los codemandados, fundamento por el que no es factible la aplicación del artículo 386 del Código Civil, máxime si como se evidencia, el que fuera cónyuge de la madre no ha impugnado su paternidad y por el contrario ha manifestado su voluntad de no hacerlo.

Recurso de casación

Que, interpuesto el recurso de casación por el demandante, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, considera que el Colegiado Superior únicamente justifica la decisión de revocar la sentencia de primera instancia aplicando normas del Código Civil, más no emite pronunciamiento en relación al control difuso que invoca el A quo al amparar la demanda, lo que resulta relevante, puesto que el demandante fundamenta su pretensión en lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado y mayor aun si de por medio se encuentran inmersos los derechos de una menor, no solo de identidad, sino de varios derechos conexos que merecían un mayor análisis, en observancia del Principio del Interés Superior del Niño que recoge el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

Al respecto la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema emite su pronunciamiento basado en los siguientes puntos:

El derecho a la identidad

Que, entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, el cual comprende el derecho a un nombre, a conocer a sus padres y conservar sus apellidos. El derecho a la identidad es entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Que, el derecho a la identidad, debe protegerse de modo preferente, atendiendo a que “la vida, la libertad y la identidad conforman una trilogía de intereses que podemos

calificar como esenciales entre los esenciales, por ello, merecen una privilegiada y eficaz tutela jurídica”.

La Filiación

La filiación forma parte del derecho a la identidad, que es “una forma de estado de familia”. De allí que se diga que la filiación implica un triple estado: estado jurídico, asignado por la Ley a una persona, deducido de la relación natural de la procreación que la liga con otra; estado social, en cuanto se tiene respecto a otra u otras personas; estado civil, implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad”

Que el concepto de identidad personal, presupone dos supuestos fundamentales: la identidad genética de una persona y su identidad filiatoria. La primera, se conforma con el patrimonio genético heredado de los progenitores biológicos; y la identidad filiatoria, es en cambio, un concepto jurídico, que resulta del emplazamiento de una persona de un determinado estado de familia, en relación a quiénes aparecen jurídicamente como sus padres, está habitualmente en concordancia con la identidad genética, pero puede no estarlo.

Prueba de ADN

En mérito a los resultados de la prueba de ADN practicada por el Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público, que no fue tachado por los demandados, se precisa la probabilidad de paternidad del 99,9999999845% de Nolberto Roca con respecto a la menor de iniciales M.L.G.C.

Interés Superior del Niño

Debe tenerse en cuenta que en toda medida concerniente al niño y al adolescente, se considerará el principio del Interés Superior del Niño y del adolescente y el respeto a sus derechos, conforme lo establece el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, principio que se desarrolla en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior de niño”.

Control difuso - Inaplicación del artículo 396 del Código Civil

Se verifica que la menor de iniciales M.L.G.C., y el demandante Nolberto Roca, vienen desarrollando un tratamiento de padre e hija, incluso hacen vida familiar con la madre biológica, asimismo el informe psicológico practicado a la menor señala que la niña se identifica con su familia, incluye dentro de la dinámica al padre que vive con ella, a la figura paterna lo refleja como protector y cariñoso, todo lo cual determina el estado constante de familia de la niña con el demandante, lo que afirma su filiación, siendo ello así, resulta procedente declarar inaplicable, para el presente caso y sin afectar su vigencia, lo previsto en el artículo 396 del Código Civil, de conformidad con el derecho a la identidad consagrado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado, ello se justifica acorde al principio del Interés Superior del Niño y adolescente, en la afirmación de la identidad filiatoria concordante con su realidad familiar y biológica de la menor de iniciales M.L.G.C., en esas circunstancias la justicia mediante el control difuso posibilita que la realidad filiatoria y vivencia familiar encuentre su legitimación legal

Por los fundamentos expuestos, declararon: FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Nolberto Roca; CASARON la resolución impugnada; en consecuencia NULA la resolución de vista, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa; y actuando en sede de instancia: CONFIRMARON la resolución apelada que declara fundada la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad interpuesta por Norberto Roca contra Eva Cárdenas y Teodoro Guerrero; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Nolberto Roca contra Eva Cárdenas y otro, sobre Impugnación de Reconocimiento de Paternidad; y los devolvieron. Ponente Señora Cabello Matamala, Jueza Suprema.-

S.S. RODRÍGUEZ MENDOZA, VALCÁRCEL SALDAÑA, CABELLO MATAMALA, MIRANDA MOLINA, CUNYA CELI

Análisis de la Casación

En este caso podemos apreciar que la Corte Suprema mediante el control difuso declaró inaplicable el artículo 396 del Código Civil, el cual indica que el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después que el esposo lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.

Con la decisión de la Corte Suprema, al caso concreto, se permite que el padre biológico pueda realizar el reconocimiento de su menor hija y ya no es necesario que el esposo realice la negación de paternidad. El fundamento principal fue la protección del derecho a la identidad del menor teniendo como base el Interés Superior del Niño, principio universal contemplado en la legislación peruana e internacional.

Con esta decisión, la Corte Suprema tutela el derecho fundamental a la identidad y hace prevalecer la jerarquía normativa establecida en el Artículo 51 de nuestra Constitución Política, la cual indica que la Constitución prevalece sobre toda norma legal.

CONCLUSIONES

- En la actualidad, si bien se permite que el niño pueda llevar el apellido del padre biológico, no crea la filiación y por consiguiente no genera vínculo jurídico entre padre e hijo. Esto conlleva a que se vulnere el derecho a la identidad del menor y se afecte el Interés Superior del Niño. Asimismo, el menor puede ver afectado sus derechos alimentarios, derechos sucesorios, entre otros. En el caso del padre biológico, se le estaría afectando el derecho de reconocer a su hijo y por lo tanto no podría tener derecho a ejercer la patria potestad, de ser el caso no tendría derecho a solicitar la tenencia del menor, de ser el caso no tendría derecho al régimen de visitas, entre otros y en el caso de que falleciera, su menor hijo no podría gozar lo que por ley le corresponde, dejándolo indefenso.
- La Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, se ha pronunciado sobre el hijo extramatrimonial de mujer casada, aplicando el control difuso. Para ello declaró inaplicable el artículo 396 del Código Civil y tuteló el derecho a la identidad del menor teniendo como base el Interés Superior del Niño.

- En el caso del hijo matrimonial y teniendo como fuente principal el acta de matrimonio de los padres, se crea la filiación automática, la patria potestad es ejercida por ambos esposos y el hijo matrimonial es sujeto de derechos alimentarios y sucesorios. Mientras que en el caso del hijo extramatrimonial, si uno de los padres no realiza el reconocimiento respectivo, no se crea la filiación automática, la patria potestad es ejercida por un solo padre y el hijo extramatrimonial no es sujeto de derechos alimentarios y sucesorios de parte del padre que no realizó el reconocimiento. El hijo extramatrimonial gozará de todos los derechos de un hijo matrimonial, cuando el reconocimiento haya sido realizado por ambos padres. Por lo tanto no hay igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales.
- La Filiación es un hecho natural por el cual se construye un lazo de parentesco entre un hijo, el padre que lo engendró (progenitor) y la madre que lo alumbró, teniendo como base su realidad biológica, esa relación de sangre existente entre procreantes y procreado. Desde el punto de vista jurídico la filiación es una institución del Derecho de Familia, por la cual se crea un vínculo jurídico entre padres e hijo, ya sea por realidad biológica o por adopción, lo que generará derechos y obligaciones recíprocas.
- Había una gran diferenciación entre hijos legítimos e ilegítimos. Los hijos legítimos podían gozar de todos sus derechos alimentarios y patrimoniales, mientras que los hijos ilegítimos no podían gozar de estos derechos. En el caso de sucesiones el hijo ilegítimo heredaba la mitad de lo que le correspondía al hijo legítimo.

- El derecho a la identidad personal es el conjunto de atributos y características, tanto estáticos y dinámicos, que van a diferenciar e individualizar a la persona en la sociedad. Toda persona tiene derecho a una identidad propia, que permita diferenciarlo de los demás. A ser uno mismo y que exista el deber de la sociedad y el Estado de reconocerlo tal cual es. Nadie puede desnaturalizar o deformar su identidad ya que se estaría atentando contra este derecho. Es deber del Estado proteger la identidad de las personas.

- Atendiendo al Principio Universal del Interés Superior del Niño, el Estado Peruano tiene la obligación de velar porque se respeten los derechos fundamentales de los niños y adolescentes. Ante un conflicto de intereses entre los derechos del niño y los derechos de un tercero, se debe privilegiar los derechos del niño. Para ello debe adoptar mecanismos que permitan que no se vulneren sus derechos fundamentales. Asimismo los Órganos Jurisdiccionales están en la obligación de hacer prevalecer este principio en las sentencias donde se puedan afectar o vulnerar los derechos fundamentales de los niños y adolescentes.

RECOMENDACIONES

- Modificar el Artículo 396 del Código Civil y que el hijo extramatrimonial de mujer casada pueda ser reconocido por el padre biológico en la vía administrativa o en la vía notarial.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, Benjamín (2013) Derecho de Familia. Lima: Ediciones Legales.
- DEL CARPIO, Linda (2013) El reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada frente a la presunción Pater is est: primacía del derecho a la identidad del menor de edad, pp. 149-182. En: revista Nombres, vol. 1, N° 1.
- FERNÁNDEZ, Carlos (2005) Derecho a la vida, a la identidad, a la integridad, a la libertad y al bienestar, pp. 13-24. En: La Constitución Comentada. Primera edición. Lima: Gaceta Jurídica.
- MALLQUI, Max y MOMETHIANO, Eloy (2002) Derecho de Familia. Primera Edición. Lima: Editorial San Marcos.
- PERALTA, Javier (2008) Derecho de Familia en el Código Civil. Cuarta edición. Lima: Idemsa.
- RENIEC (2013) La inscripción del nacimiento, el reconocimiento y la adopción en el Perú. Lima: RENIEC.
- RIOJA, Alexander (2013) El Control Difuso aplicado en el Perú (consulta: 13 de marzo de 2017) (<http://blog.pucp.edu.pe/blog/ariojabermudez/2013/05/06/el-control-difuso-aplicado-en-el-per/>).
- SILVERINO, Paula (2010) El derecho a la identidad personal: manifestaciones y perspectivas, pp. 57-81. En: Los Derechos Fundamentales. Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho. Primera edición. Lima: Gaceta Jurídica.

- VARSÍ, Enrique y SIVERINO, Paula (2003) Determinación de la paternidad matrimonial, pp. 455-467. En: El Código Civil Comentado. Primera edición. Lima: Gaceta Jurídica.
- VILCACHAGUA, Plácido (2003) Reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada, pp. 807-811. En: El Código Civil Comentado. Primera edición. Lima: Gaceta Jurídica.
- Código Civil de 1852 (http://www.notarioslalibertad.org/Jurisprudencia/Normas_Historicas/Codigo_civil_de_1852.pdf).
- Código Civil de 1936 (http://www.notarioslalibertad.org/Jurisprudencia/Normas_Historicas/Codigo_civil_de_1936.pdf).
- Código Civil de 1984 (2016). Lima: Jurista Editores.
- Constitución Política del Perú de 1993 (2016). Lima: Jurista Editores.
- Constitución Política de la República del Ecuador (<http://pdba.georgetown.edu/Parties/Ecuador/Leyes/constitucion.pdf>).
- Convención sobre los Derechos del Niño (<http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>).